der irrigen Voraussetzung ausgeht, daß zur Zeit der l. 7. C. cit. das Accreszenzrecht unter Miterben die Regel gebildet habe. —

II.

Ueber den von einer Körperschaft und namentlich von einer Gemeinde zu leistenden freiwilligen Schiedseid [1].

Von

Herrn **Dr. Röder,**
Professor an der Universität zu Heidelberg.

Obwohl der Gegenstand dieser Abhandlung neuerdings mehrfach zur Sprache gebracht worden ist, am Ausführlichsten von Linde in diesem Archiv [2], so scheint mir doch derselbe noch keineswegs erschöpft, zum Wenigsten aber in mancher Beziehung noch nicht so behandelt zu sein, daß es befremden dürfte, wenn daraus ein merklicher Einfluß auf die Rechtsprechung sich nicht ergeben hat. Je schlimmer es nun ist, wenn die Ausbeute der Theorie großentheils für

1) Dieser Aufsatz war bereits im Jahr 1838 an die Redaktion des Archivs für civil. Praxis eingesandt, aber verlegt und erst vor Kurzem wieder gefunden worden. Außer einigen Streitschriften von Huß und Linde (in Linde's Zeitschrift Bd. 15. Nr. 7. und 8. Bd. 18. Nr. 8. u. 9.) und ein Paar Bemerkungen in der Schrift von Arnold („über Eidesleistung durch Stellvertreter" 1843.) ist aber dem Verf. Nichts von einiger Bedeutung, was inzwischen über die Frage erschienen wäre, bekannt geworden. Dieser Aufsatz kann daher füglich in ganz unveränderter Gestalt erscheinen und es wird völlig genügen, hier und da in einer Anmerkung einzele in jenen Schriften geltend gemachte Ansichten nachträglich zu berühren.

2) Bd. X. S. 1—66, Bd. XIII. S. 181—193.

die Anwendung verloren geht, um deren willen die Theorie doch da ist, um so verzeihlicher wird es erscheinen, wenn in einer zunächst für civilistische Praxis bestimmten Zeitschrift noch ein Versuch gemacht wird, auf die Bildnng fester Grundsätze der Rechtsprechung hinzuwirken [3]).

Am Zweckdienlichsten hierfür schien es mir, den in der folgenden Ausführung gegebenen Beitrag zur Beantwortung einer ziemlich häufig vorkommenden, höchst ungleich beantworteten Frage, in möglichster Kürze und entkleidet von allem überflüssigen gelehrten Rüstzeug, überhaupt im Wesentlichen in eben der Form dem juristischen Publikum darzubieten, die ich in einem kürzlich bearbeiteten Rechtsgutachten in einer beim Oberappellationsgericht zu Darmstadt anhängigen Sache beobachtet habe [4]). Zugleich glaube ich gerade dadurch am Besten den von mehren tüchtigen Praktikern mir gewordenen

---

3) Wie groß die Schwankungen der Rechtsprechung in diesem Gebiet sind und wie lebhaft und allgemein das Bedürfniß nach ihrer Beendigung durch ein jus certum überall da ist, wo man noch einer neuen Prozeßgesetzgebung entbehrt, bedarf für den Praktiker keines Beweises. Daß die Verlegenheit um irgend eine einstweilige Auskunft aus dem Wirrwarr wissenschaftlicher Streitfragen mitunter die Praktiker auf ziemlich wunderliche Wege bringt, davon gibt für Sachsen ein sprechendes Zeugniß G. v. Hellfeld praktische Beiträge aus dem gemeinen und sächsischen Civilrecht und Civilprozeß. Heft 1. S. 36 ff.

4) Die hierauf in dieser Sache (des Erbleihmüllers Ch. Landmann gegen die Gemeinde Unterwiddersheim) erfolgte Entscheidung dieses höchsten Gerichts, nebst dem dadurch hervorgerufenen, am Schluß dieser Abhandlung mitgetheilten Präjudiz, stützte sich zumeist auf eben die Gründe die im Folgenden entwickelt worden sind. Die Mehrzahl der in dieser Abhandlung widerlegten Einwürfe gegen die Ansicht, welche ich für die richtige halte, ist nicht etwa bloß erdichtet, sondern in Parteiverhandlungen oder in Entscheidungsgründen der Gerichte wirklich geltend gemacht worden. Ich hoffe, die Lebendigkeit und die praktische Richtung dieser Darstellung hat dadurch nur gewonnen. Von dieser Seite wird es auch vielleicht Entschuldigung finden, wenn absichtlich neben den gemeinrechtlichen Beweisgründen auch solche nicht ganz zur Seite gelassen sind, die sich nur auf die besondere Prozeßgesetzgebung des Großherzogthums Hessen beziehen.

Auffoderungen zur Veröffentlichung meiner Ansicht und des Ideengangs, der mich fast unwillkürlich darauf hingeführt hat, zu entsprechen. Ich thue es mit dem Wunsch, daß Beides auch bei Andern Anklang finden möge.

Die Frage, die hauptsächlich hier besprochen werden soll, ist die folgende: ob da, wo die Rede ist von Leistung des einer Gemeinde zugeschobenen und von ihr angenommenen Schiedseids, im Fall von drei zu dessen Ausschwörung durch beiderseitige Vereinbarung und darauf erfolgtes rechtskräftiges Urtheil bestimmten Schwurdeputirten im Schwörtermin Einer sich des Eides weigert, der Schiedseid nun auch als von der Gemeinde selbst verweigert anzunehmen sei, oder nicht?

Unbedenklich muß man sich für die erstere bejahige Beantwortung der aufgeworfenen Frage erklären, und zwar aus folgenden Gründen.

Die wahren, bei dieser Frage entscheidenden Rechtssätze können unstreitig nur aus der rechtlichen Natur des freiwilligen Schiedseids in seiner Anwendung auf die moralische Person einer Gemeinde hergeleitet werden.

Daß nun ein solcher Schiedseid nach gemeinem Recht vollkommen die Natur eines Vergleichs, zugleich aber, da er auch dem Richter die Richtschnur seines Urtheils geben soll, die Natur eines Beweismittels hat, daß demnach nur in steter Rücksicht auf beide Eigenschaften seine rechtlichen Folgen sich bestimmen lassen, — Dieß kann hier nicht erst bewiesen werden sollen [5]).

Zu den Rechtswirkungen des angetragenen Schiedseids in seiner Eigenschaft als Beweismittels gehört na-

---

5) Vgl. Malblank, doctr. de jurejurando (ed. 2.), p. 86, nota *. — Darum kann auch durch den zufälligen Umstand daß die Hessen-Darmstädtische Prozeßordnung (von 1724) nicht besonders die Vergleichsnatur dieses Schiedseids erwähnt, indem sie ihn unter den Beweismitteln nennt, nichts geändert werden, zumal da die Verordnung vom 28. Dez. 1709 hinsichtlich desselben bestimmt auf die Grundsätze des gemeinen Rechts verweist.

mentlich die: daß von den streitenden Theilen angenommen werden muß, daß sie sich durch die Zuschiebung und Annahme des Eides selbstverständlich bereit erklärt haben, sich dem Allem zu fügen, was der Zweck der Herstellung des Beweises durch den Eid als Mittel erheischt. Aus seiner Vergleichsnatur aber ergibt sich für den Richter die Nothwendigkeit, insofern ihm nicht die Rücksicht auf den eben genannten Zweck eine Einschränkung gebietet [6]), sich streng an den Inhalt des Vergleichs zu binden. Sofern nicht ein ausdrücklich gebietendes Gesetz dazu ermächtigt, darf demzufolge ebensowenig der Richter, als einseitig eine Partei von dem einmal geschlossenen pactum transactionis willkürlich abweichen; und überall, wo ein solches Gesetz nicht nachgewiesen werden kann, erscheint das gewillkürte Recht der lex contractus als der einzig feste Anhaltpunkt jeder rechtlichen Beurtheilung der obwaltenden Verhältnisse.

Damit aber der Einfluß der Dazwischenkunft von mehren — hier soll angenommen werden drei [7]) — zur Ableistung des der Gemeinde zugeschobenen Eides bestellten Deputirten auf die Rechtswirkung dieses Eides für den Richter und den Deferenten im rechten Licht erscheine, bedarf es noch einer vorgängigen Untersuchung sowohl über den rechtlichen Grund des Daseins solcher Mittelspersonen, als über deren rechtliche Eigenschaft und Stellung zu der Gemeinde, für die sie handeln.

---

6) Gönner, Handbuch des Prozesses, zweite Ausg. Bd. II. Abh. 49. §. 12; 13.

7) Dieß ist in der That die Zahl, die nicht nur in dem Rechtsfall, der diesen Aufsatz veranlaßte, gewählt war, sondern die überhaupt, wegen der Vorliebe die man für sie hat, durch Vertrag oder Gesetz gewöhnlich bestimmt wird. So stellt namentlich auch ein von dem höchsten Landesgericht zu Darmstadt angenommenes Präjudiz vom Jahr 1838 den Satz auf: „Zur Ausschwörung des einer Gemeinde obliegenden Eides genügen in der Regel drei derjenigen Mitglieder derselben, von denen, neben der sonstigen Qualifikation, die beste Wissenschaft von der betreffenden Thatsache anzunehmen ist."

Zunächst also fragt sich: Darf der Schiedseid durch einen procurator abgeleistet werden, und, im Verneinungsfall, unter welchen Bedingungen darf die Gemeinde ihn selbst, oder durch eine Anzahl ihrer Glieder, ableisten?

So viel steht nun fest: daß, außer mit besonderer Einwilligung des Gegners, ein Eid in der Hauptsache nach gemeinem Recht durch einen procurator regelmäßig nicht geschworen werden kann [8]). Am Wenigsten ist aber die Leistung eines angetragenen Schiedseids durch einen mandatarius Namens (in animam) des Delaten rechtlich möglich, da dieser Eid, er werde nun über facta propriae scientiae, mithin de veritate, oder auch nur de credulitate geschworen, gesetzlich immer als Zeugniß in eigner Sache angesehen wird [9]), das, obwohl hier ausnahmweise gültig, doch, wie jedes andere Zeugniß, an das gesetzliche Erfoderniß persönlicher Ablegung, und zwar über eignes Wissen und Glauben, gebunden bleiben muß, um volle Glaubwürdigkeit zu haben [10]).

Für dieses Erfoderniß spricht namentlich beim Schiedseid noch der weitere einleuchtende Grund, daß die durch den Eidesantrag erklärte bedingte Verzichtleistung nur als Berufung an die eigene Gewissenhaftigkeit des Gegners (dieser bestehe übrigens aus einer oder mehren fysischen Personen), nicht eines Dritten (procurator oder syndicus), einen Sinn hat [11]) und nur bei ihm selbst in jedem Au-

8) Nov. 124, cap. 1. Claproth, ord. bürg. Prozeß, vierte Ausg. (von Willich), Thl. II. §. 332. Malblank c. l. §. 95.

9) Fr. 1. pr. D. quar. rer. actio non datur (44, 5).

10) Fr. 3. §. 3. D. de testibus (22, 5); const. 16. C. eod. (4, 20); D. Gr. C. 3. qu. 9. c. 15.

11) Savigny im Syst. des heut. röm. R. Bd. II. S. 297. hat nun auch sehr richtig das eigentliche punctum saliens durch die Bemerkung getroffen, daß, wenn eine juristische Person in ihrem eignen Rechtsstreit einen Eid zu schwören habe, eine besondere Schwierigkeit dadurch entstehe, daß der Eid eigentlich nicht auf die juristische, sondern auf die rein menschliche Persönlichkeit der Partei (die Gewissen-

genblick, zumal in Folge der Verwarnung vor dem Meineid, noch eine Umkehr zur Wahrheit zu hoffen ist.

Wendet man das eben Ausgeführte auf eine solche moralische Person an, die aus einer Mehrheit von Individuen besteht, wie eine Gemeinde, und sieht man vorläufig von den hierfür vorhandenen, sehr dürftigen spezielleren Gesetzesbestimmungen ganz ab, — wie es durchaus nöthig ist, um vorerst die aus der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätze, demnächst aber den Grad ihrer Einschränkung durch die Gesetze erschöpfend bestimmen zu können —, so würde sich daraus mit Nothwendigkeit ergeben: daß, sobald über solche Thatsachen ein Eid zugeschoben ist, die allen einzelen Gemeindegliedern bekannt sein müssen, auch Alle insgesammt zum Eid sich bereit erklären müßten; daß aber, wenn diese Thatsachen nur Einigen bekannt sein können, auch nur Diese de veritate, nichts desto weniger aber Alle wenigstens de credulitate zu schwören erbötig sein müssen.

Ganz richtig folgt hieraus der anerkannte Satz: daß, falls dem Deferenten bloße Streitgenossen gegenüberstehen — deren Interesse ein theilbares ist —, jeder Einzele, je nachdem er den Allen zugeschobenen Eid schwört oder nicht, seinerseits den Prozeß gewinnt oder verliert.

Da aber eine Gemeinde, als moralische Person, sich gerade dadurch von bloßen Streitgenossen unterscheidet, daß ein Gemeindeprozeß nothwendig für alle ihre Glieder zusammen entweder gewonnen oder verloren wird, weil, auch

---

haftigkeit des einzelen Menschen) berechnet sei. — Ebenhierin liegt zugleich der tiefere innere Grund der gesetzlichen Vorschrift, daß Eidesleistung wie Zeugnißablegung nur in Person geschehen sollen. Vollends bei dem zugeschobenen Eid ist kaum zu begreifen, wie man Dieß übersehen, und wie darum Huß darauf verfallen konnte, einen solchen Eid wie jedes andere Gemeindegeschäft anzusehen, wozu die Gemeinde für sich allein nach Gutdünken einige ihrer Glieder (warum nicht auch Fremde? —) beauftragen, mithin auch jederzeit den Auftrag widerrufen könnte.

bei etwa theilbarem Streitobobjekt, doch das prozessualische Interesse Aller untheilbar ist, so ergibt sich hier gerade aus dieser Untheilbarkeit als strenge Folgerung die Alternative: daß entweder, wenn auch nur Einer der Gemeindegenossen den Eid leistet, der Deferent schon als besiegt, oder, wenn nur Einer ihn weigert, schon als Sieger gelten müßte; — wenn nämlich nicht erweislich die Entscheidung von der Eidesleistung irgend einer andern Gliederzahl abhängig gemacht ist, es sei nun durch Gesetz, dem dann der Deferent durch den Eidesantrag stillschweigend sich unterwirft, oder durch Uebereinkunft. Ohne Zweifel entspricht aber nur das letzte Glied jener Alternative der Natur des im zugeschobenen Eid liegenden bedingten Verzichts, da jeder Verzicht streng auszulegen ist [12]).

Demzufolge kann im Zweifel die im Eidesantrag enthaltene Bedingung des persönlichen Eides der Gegenpartei, unter welcher der Deferent diese zum Zeugniß und Urtheil in eigner Sache ermächtigt, nur so ausgelegt werden, daß darin der wenigste Nachtheil für den Deferenten liegt; d. h. sie ist dahin zu verstehen, daß Letzterer nur dann seine Sache verloren gebe, wenn sämmtliche der Gegenpartei angehörige, mithin selbst betheiligte Glieder den Eid zu schwören im Stande sind, nicht etwa dann erst, wenn Alle ihn weigern. Denn, sobald auch nur ein oder das andere Glied der Gemeinde selbst, sobald vollends die Mehrheit der Glieder trotz des eignen Interesse am Gewinn des Prozesses, und trotz der Bereiterklärung einer Anzahl von Gemeindegliedern, sogar ihr positives Wissen des streitigen Thatumstandes eidlich zu erhärten, sich dadurch noch nicht einmal bestimmt finden könnte, auch nur soviel Zutrauen zu der Güte der Gemeindesache zu fassen, um darauf hin mit gutem Gewissen einen Glaubenseid leisten zu können; dann wäre doch wahrlich nicht abzusehen, wie man ohne

---

12) S. Wening-Ingenheim's Lehrb. des Civilrechts, I. Buch, §. 152.

offenes Unrecht dessenungeachtet nun gar von dem Gegner der Gemeinde verlangen und ihn zwingen wollte, ein größeres Vertrauen in deren Sache zu setzen, und der jetzt zweifelhaft gewordenen Wissenschaft oder bona fides jener Gemeindeglieder, die die Wahrheit ihrer Aussage über die streitige Thatsache beschwören wollen, sein Recht anheim zu geben. Hiermit stimmt auch Linde [13]) überein, der im Ganzen in dieser Lehre richtige Grundsätze aufstellt.

Wenn aber Derselbe an einigen Stellen, im Einklang mit der obigen Darstellung, dem Deferenten das Recht zuspricht, von allen Gemeindegliedern einen Eid zu fodern [14]), dann aber anderwärts dieß Recht ihm nur gegen alle diejenigen Glieder einräumen will, die dem Gemeindebeschluß über die Annahme des angetragenen Eides beigetreten sind [15]), so liegt in dieser Einschränkung seiner früheren Behauptung eine Folgewidrigkeit, die sich durch keinen irgend haltbaren Grund rechtfertigen läßt, und die nicht ohne Nachtheil übersehen werden kann.

Unterstellt man nämlich die Richtigkeit dieser Einschränkung, so würde, da Gemeindebeschlüsse regelmäßig durch eine einfache Stimmenmehrheit gefaßt werden, der Gegner der Gemeinde plötzlich darauf zurückgebracht sein, statt von Allen ohne Ausnahme (wenigstens de credulitate, wie vorhin gezeigt ist) den Eid fodern zu dürfen, sich mit dem Eid einer bloßen Mehrheit abfinden lassen zu müssen, die sich durch den rein zufälligen Beitritt zu jenem Beschluß

---

13) In diesem Archiv, Bd. X. S. 16. f. — Andrer Meinung ist nun auch Arnold (Ueber Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilprozeß, §. 104.), der dem Gegner der Gemeinde alles Recht abspricht, sich auf die Weigerung des Eides aller übrigen Gemeindeglieder wegen Nichtwissens oder Nichtglaubens derselben an die Güte der Gemeindesache zu berufen, sobald Diejenigen, die positives Wissen zu haben behaupten, und wären es nur zwei, zu schwören erbötig sind.

14) A. a. O. S. 13. zu E. S. 15. lit. a.

15) Ebendas. S. 15. lit. b. ff. S. 29. ff.

bestimmen soll. Gerade der Nichtbeitritt zu demselben wird aber, abgesehen von Zufall, Nachlässigkeit u. s. w., nicht selten seinen muthmaßlichen Grund nur in einer von Eigennutz ungetrübteren Gewissenhaftigkeit haben. Ebendarum werden gerade unter dieser Minderheit häufig Solche sich befinden, die nur deßhalb nicht durch Theilnahme an jenem Beschluß sich zur Eidesleistung erboten haben, weil sie nur zu gut vom Gegentheile des zu Beschwörenden überzeugt waren; — daher zumal an ihrer eidlichen Aussage dem Deferenten vor Allem gelegen sein mußte. Ja, da der ganze rechtschaffene Theil derjenigen Gemeindeglieder, die vielleicht eine solche der Gemeinde nachtheilige Wissenschaft haben, jedenfalls zu jenem Beschluß nicht zustimmen wird, so könnte bei jener falschen Unterstellung sehr leicht das ganz widersinnige Ergebniß herauskommen: daß dem Deferenten die ihm nothwendig günstige eidliche Aussage der ganzen Minderheit der Gemeinde geradezu entzogen würde. Auch läßt sich gar nicht absehen, wie sein Recht auf diese Aussage mit ihrem Beitritt oder Nichtbeitritt zu dem Gemeindebeschluß in einen Zusammenhang der Bedingtheit gebracht werden soll. Wenn also ein solcher vorheriger Beschluß auch über eine Eidesannahme erfodert und Stimmenmehrheit dabei hinlänglich ist, die Minderheit aber einstweilen als einwilligend angenommen werden mag, so bleibt doch die Art, wie jener Beschluß zu Stande kam: ob durch Einhelligkeit oder Mehrheit der Stimmen, eine rein innere Angelegenheit der Gemeinde, und die Rechte eines Dritten, des Deferenten, können dadurch nicht verändert, und für den Fall einer bloßen Mehrheit geringer werden, als für den Fall der Einhelligkeit. Für diesen letzteren Fall aber muß selbst nach der eben widerlegten Ansicht dem Gegner der Gemeinde das Recht zugestanden werden, von allen Gliedern derselben die Eidesleistung zu begehren [16].

---

16) S. Linde a. a. O. S. 15. lit. b.

Gewiß ist endlich, daß der Grund, aus dem, wie oben bemerkt, alle Gemeindeglieder ohne Unterschied mindestens ihren Glauben an die Gerechtigkeit der Gemeindesache müssen beschwören können, vom Beitritt zur Erklärung der Annahme des zugeschobenen Eides durchaus unabhängig ist.

Der einzige Scheingrund für die bisher gerügte Beschränkung des Rechts des Deferenten möchte sich hernehmen lassen von der hierher bezogenen Gesetzesvorschrift: daß immer die Mehrheit den Gesammtwillen einer Gemeinheit ausspreche: „Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem“, und: „Quod major curiae pars effecit, id omnes fecisse videntur“ [17].

Allein man würde sich eines auffallenden Mißverständnisses schuldig machen, wenn man diesen Satz hierher beziehen wollte, mithin ganz übersähe, daß dem Recht des Gegners einer Gemeinde, eine beschworene Aussage über Wissen oder Glauben von thatsachlichen Verhältnissen zu verlangen, wahrlich nicht durch einen Willensschluß der Gemeinde, nach Stimmenmehrheit gefaßt, entsprochen werden kann; da eine moralische Person, so wenig sie überhaupt als solche, etwa per majora, Erfahrungen sammelt und Thatsachen wahrnimmt, ebensowenig auch, solche wahrgenommen zu haben, in fremder oder gar in eigner Sache, per majora bezeugen darf.

Offenbar kann es vielmehr hier überall nur auf die einzelen Glieder, deren Wahrnehmungen und Gewissenhaftigkeit ankommen; und an sie alle muß darum der Deferent nach der Natur der Sache solange und in dem Maß sich halten dürfen, als er sich nicht dieses Rechts freiwillig begeben oder das Gesetz unzweideutig es ihm abgeschnitten hat.

Es ist daher kaum zu begreifen, wie man dadurch, daß Gemeindesachen regelmäßig allerdings nach Stimmenmehrheit

---

17) S. Fr. 160. §. 1. D. de R. J. (50, 17.) — und Fr. 19. D. ad municip. (50, 1.).

abgethan werden und werden müssen, sich verleiten lassen kann, sofort das Gleiche auch für solche durchaus verschiedenartige Fälle zu behaupten, wobei nirgends von einem Gemeindegeschäft und einem deßhalb durch einen Gemeindebeschluß auszusprechenden Gesammtwillen, sondern nur von Ablegung eines Zeugnisses die Rede ist [18]). In Bezug auf ein solches aber, zumal wenn es, wie hier,

18) In diesen auffallenden Fehler ist, wie schon oben bemerkt, neuerdings auch Huß verfallen (s. besonders Linde's Zeitschrift Band 18. Nr. 8.). Man kann ihm zugeben, daß hier von einem „Zeugniß" und dessen Rechtsfolgen insofern nicht die Rede sein könne, als man darunter im technischen, juristischen Sinn nur eine Aussage Dritter (d. h. Unbetheiligter) versteht. Aber freilich ließe sich strenggenommen ebensowenig von einem „Richten" in eigner Sache reden, wie es doch unsere Gesetze ebenfalls thun. Beide Ausdrücke, und namentlich der erstere, finden ihre Rechtfertigung aber gerade in Dem, was Huß ganz übersehen hat: daß die Entscheidung der Sache hier abhängig gemacht wird von einer Aussage einiger Gemeindeglieder für alle. Auf eine solche Aussage läßt sich zwar, wie gesagt, unmöglich anwenden, Was nur für Willenserklärungen gesetzlich vorgeschrieben ist. Wohl aber hat sie unverkennbar ebenso eine doppelte Eigenschaft wie die Aussagenden selbst. Denn, sowie Diese einmal als Einzele und dann doch auch wieder als Gemeindeglieder in Betracht kommen können, so läßt sich nicht läugnen, daß ihre Aussage (d. h. ihre Eides-Leistung oder Weigerung), da wo sie, zufolge Gesetzes, Gerichtsgebrauchs, Vergleichs oder Urtheils auch für die Gemeinde selbst gelten soll, zugleich in eigner und in fremder Sache geschieht: in eigner Sache, sofern jene Aussage in ihren Rechtsfolgen mittelbar die Aussagenden selbst mittrifft; in fremder Sache, sofern man diese Letzteren als Einzele und deßhalb immerhin mit Huß nur als Dritte in Verhältniß zur Gemeinde ansehen mag. Dann aber sollte man auch nicht in Abrede stellen wollen, wie er es doch thut, daß auf ihre Aussage die Analogie einer Zeugenaussage Dritter wenigstens insofern ganz paßt, als nicht die Aehnlichkeit durch den wesentlichen Unterschied zwischen Betheiligten und Unbetheiligten hinkend wird. Um so größer wird dieselbe dann, wenn die Aussage nicht etwa eigne Handlungen des Delaten (also hier der Gemeinde oder wohl gar der Schwörmänner selbst) betrifft, wie Huß es ohne Grund als Regel behauptet, sondern wenn sie auf die Wahrnehmung anderer äußerer Thatsachen geht, wie

in eignen Angelegenheiten abgelegt werden soll, ist es ohne Frage doppelt am unrechten Ort, die angeführten Gesetze so auszulegen, daß danach die Gemeinde (in Vergleich zu Streitgenossen oder einer Einzelperson) ganz übermäßig begünstigt würde. Schon Leyser[19]) bemerkt ganz richtig, daß alle Gesetze, welche eine Mehrheit in Angelegenheiten einer Körperschaft verlangen, bloß von dem Falle zu verstehen sind, wo es sich fragt um eine Einwilligung der Körperschaft zu irgend einer Handlung; und auch Linde[20]) macht verschiedentlich auf den wesentlichen Unterschied zwischen der Willensäußerung einer Person und der Aussage ihres Wissens und Glaubens über Thatsachen, besonders in Gestalt eines Zeugnisses, aufmerksam. Nur von dieser, nicht von jener kann hier die Rede sein, und ebendarum fallen nothwendig alle Folgerungen weg, die man aus den Gesetzesbestimmungen über die Ausfindung des Gesammtwillens moralischer Personen (per majora) abgeleitet und auf deren Vertreter jeder Art übertragen, ja wohl gar durch die ganz unstatthafte Analogie der Volksvertreter zu unterstützen versucht hat.

Die bisherige Prüfung des rechtlichen Verhältnisses der ganzen Gemeinde selbst zu deren Gegner in Bezug auf die Eidesdelation erschien als unerläßliche Voraussetzung einer genügenden Ausführung über das Verhältniß der Schwurdeputirten zu beiden Theilen, nicht nur schon nach den einfachsten logischen Regeln, sondern um so mehr noch deßhalb, weil unter manchen Umständen, und so auch gerade für den hier zunächst zu betrachtenden Fall der Eidesweigerung durch Einen der Deputirten, ein Zurückgehen (gleichsam eine Berufung) von den Schwurdeputirten an die

---

z. B. in dem diesen Aufsatz veranlassenden Rechtsfall auf den Betrag des Mahlgeldes einer Bannmühle.

19) Meditt. ad. Pand. spec. 143. med. 5.

20) Im civil. Arch. Bd. X. S. 14; 21; 42. Bd. XIII. S. 193.

Gemeinde selbst als nothwendig behauptet worden ist (s. unten Nr. III. B und C).

Es können und müssen nunmehr die weiteren, aufs Genaueste zusammenhängenden Fragen untersucht werden: I. Dürfen einige Gemeindeglieder vollgültig für die Gemeinde den Schiedseid leisten und welche? II. Wie werden sie bestimmt? III. A. In welcher Zahl? B. Was gilt, wenn Eines oder Mehre davon den Eid zu übernehmen, oder nach der Uebernahme ihn zu leisten weigern? C. Kann das Dasein von Weigerungsgründen oder deren Beschaffenheit auf die rechtlichen Folgen der Weigerung von Einfluß sein?

I. Was die erste dieser Fragen betrifft, so stimmen gemeines Recht, entschiedener Gerichtsgebrauch und die Partikulargesetzgebung des Großherzogthums Hessen darin überein, daß einige Glieder einer Korporation oder Gemeinde statt aller regelmäßig nicht bloß schwören dürfen, sondern sollen. Dieß geht mit Gewißheit hervor aus Fr. 97. D. de conditt. (35, 1.):

> „Municipibus, si jurassent, legatum est. Haec con-„ditio non est impossibilis. Paulus: quemadmodum „ergo pareri potest? per eos itaque jurabunt, per „quos municipii res geruntur."

so wie aus einigen andern Gesetzesstellen [21]), wozu das einstimmige Urtheil aller praktischen Schriftsteller hinzukömmt.

Die unzweideutig erkennbaren Gründe für eine solche Vertretung einer, zumal sehr zahlreichen, Körperschaft durch Mehre aus ihrer Mitte, bloß zu dem bestimmten Zweck eidlicher Versicherung eines Thatumstands, sind: erstens die Verhütung einer das Ansehen des Eides untergrabenden Vervielfältigung desselben, und der dem Eid de veritate vor

---

21) Const. 2. §. 5. in f. C. de jurejur. propter cal. dando (2, 59). — Landfrieden von 1521. VII, 9. — Hessen-Darmst. Prozeßordnung von 1724. Thl. II. Tit. 5.

dem Eid de credulitate jedenfalls gebührende Vorzug; sodann aber die hinzukommende hohe Wahrscheinlichkeit, daß meistens nur etliche Glieder die einzige oder doch beste Kenntniß von der Sache haben werden. Der erstgenannte Grund ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, — wonach der Richter dahin zu sehen hat, daß keine unnützen Eide geschworen werden — in Vergleich mit Fr. 97. cit.; der letztgenannte Grund liegt in allen übrigen eben erwähnten Gesetzstellen durch das ausdrücklich aufgestellte Erfoderniß der besten Wissenschaft hinreichend zu Tage. Offenbar nur wo und insofern dieses gesetzliche Erfoderniß genauer Sachkunde entweder bloß bei den Vorstehern oder Aeltesten der Gemeinde eintritt (oder zu vermuthen ist), oder auch wohl, wenn alle Gemeindeglieder gleich gute Kenntniß von dem fraglichen Thatumstand haben, ohne daß doch durch die Lage der Sache der Eid Aller oder Mehrer durchaus nöthig ist, sollen schon nach gemeinem Recht gewöhnlich gerade Jene, wo nicht, andere sachkundigere Gemeindeglieder schwören [22].

Daß keineswegs der Gemeinderath als solcher zu schwören habe, ist durch die Hessen-Darmstädter Prozeßordnung a. a. O., die seiner gar nicht einmal gedenkt, vollends außer Zweifel. Es sollen nach dieser „— vor andern diejenigen, so guten Gerüchts seyn, und von der Sache, worüber das Decisorium de- oder referirt wird, spezielle oder doch die beste Wissenschaft haben, zum Schwören aufgesucht, die übrigen membra collegii vel universitatis aber — — — mit dem juramento verschont — — werden."

Da nun Prokuratoren überhaupt nach gemeinen Rechten, wie oben gezeigt worden ist, nicht minder aber nach richtiger Erklärung der Hessen-Darmstädter Prozeßord-

22) Vgl. Brunnemann ad l. 97. cit. — Leyser meditt. ad Pand. spec. 143. med. 3 et 5. — Klaproth ord. bürg. Prozeß, vierte Ausg. Thl. II. §. 333. — Malblank doctr. de jurejur. ed. 2. §. 42. in f. — Thibaut Pandektenrecht sechste Ausg. §. 1156.

nung [23]), regelmäßig unzuläßig sind, da vielmehr nach dieser beim litisdezisorischen Eid, wo es auf facta propriae scientiae ankömmt, nur selbst betheiligte membra communitatis zum Schwur anstatt der Gemeinde zuzulassen sind, so liegt bloß darin, daß der Eid dieser ad hoc gesetzlich bevollmächtigten Glieder nun für die ganze Gemeinde gelten soll, noch kein hinreichender Grund, anzunehmen, daß dieselben nicht bloß proprio nomine, sondern zugleich als Mandatare der Uebrigen in deren Seele eidliches Zeugniß ablegen sollen, da Dieß mit Recht als ein gegen alle Grundsätze verstoßender Unfug der Praxis gerügt ist von Malblank [24]). Ganz richtig sagt daher Leyser [25]): „Hi qui nomine universitatis jurant, si membra universitatis sint, mandato opus non habent"; denn die vorhandene gesetzliche Ermächtigung macht jeden besondern Auftrag zum Schwören überflüssig. Wenn aber demungeachtet, — wie Dieß nach der Fassung der erwähnten Prozeßordnung nicht unwahrscheinlich ist — (und wie manche gleichzeitigen Verordnungen anderer Länder, z. B. die Hannöversche Oberappellationsgerichtsordnung, es bestimmen) [26]) die Schwurdeputirten einer Spezialvollmacht ad jurandum bedürfen sollten, da jene Prozeßordnung von Ertheilung einer solchen nur die neuen Ankömmlinge oder Einzieher zu befreien scheint; so könnte diese Vollmacht doch offenbar lediglich den Beweis zum Zweck haben, daß wirklich eine ordnungsmäßige Bestellung der Schwurdeputirten vorgegangen sei [27]).

---

23) A. a. O. zu Ende. — Vergl. auch Linde im civilist. Arch. Bd. X. S. 37.

24) A. a. O. §. 95. besonders S. 275. — Dieser Unfug ist freilich auch durch manche älteren Prozeßordnungen gutgeheißen worden.

25) A. a. O. spec. 143. med. 6. coroll. 3.

26) S. Struben rechtliche Bed. Bd. V. Nr. 108.

27) S. Linde a. a. O. S. 43.

Ist aber diese geschehen, so treten die Schwurdeputirten für die einzele Handlung der Eidesleistung eo ipso kraft Gesetzes an die Stelle der ganzen Gemeinde, ohne daß es dieser erlaubt sein dürfte — etwa unter dem Vorwand der Widerruflichkeit des Mandats — immerfort wieder nach Belieben statt ihrer andere zu bestellen, wie Dieß weiterhin (sub III. B in f.) noch näher erwiesen werden wird.

Die solchergestalt rechtsbeständig bestellten Schwurdeputirten erscheinen demnach zwar nicht als zur Besorgung eines bestimmten Gemeindegeschäfts angewiesene, an eine Geschäftanweisung gebundene Mandatare; ebensowenig als bloß in eignem gesonderten Interesse handelnde Litiskonsorten; sondern sie gelten gesetzlich in Bezug auf den angenommenen Schiedseid als vollständig in alle Rechte und Pflichten der ganzen Gemeinde gegenüber dem Deferenten eintretende Stellvertreter derselben; und ihre eidliche Aussage, auf welche die Gemeinde hier selbst sich berufen hat, muß (sie werde nun abgelegt oder verweigert) nach dem Gesetz ganz an die Stelle der, meistens moralisch unmöglichen (s. oben Nr. I. zu Anfang), eignen Aussage sämmtlicher Glieder der Gemeinheit treten, mithin natürlich ebenso zum Nachtheil wie zum Vortheil dieser selbst gereichen. Die Schwurdeputirten stehen, von dem Augenblick ihrer rechtskräftigen Bestellung an, in ihrer Gesammtheit ad hunc actum als die selbstständige Gegenpartei des Deferenten da, deren eidliches Zeugniß nicht bloß soweit es in eigner Sache abgelegt wird, d. h. für ihren Antheil als Gemeindeglieder, sondern zugleich für oder gegen die ganze universitas vollgültig beweisen soll.

II. In Betreff der Art der Bestellung der Schwurdeputirten sind zwar die Ansichten verschieden.

Einige sind der Ansicht, daß die Bestellung, vorbehaltlich der Einwendungen des Gegners, der Gemeinde

zu überlassen sei: und dahin geht die in der Praxis vorherrschende Meinung [28].

Andere wollen sie dem Deferenten überlassen, und der Gemeinde nur das Verwerfungsrecht einräumen, da Jener, weil er Alle schwören lassen durfte, auch unter Allen die Wahl haben müsse; und so schreiben es, in Uebereinstimmung mit den Grundregeln des Beweises, — wonach der Beweisführer seinen Beweis durch Namhaftmachung seiner Beweismittel: Zeugen u. s. w. anzutreten hat, — die meisten neueren Gesetzgebungen bestimmt vor [29].

Eine dritte gemischte Ansicht geht dahin, daß einige Schwörmänner von der universitas, einige außerdem noch von dem Deferenten zu ernennen seien [30]; und nicht nur in manche Landesordnungen, sondern auch wohl in die Rechtsprechung hat diese Ansicht Eingang gefunden [31].

---

28) S. Pufendorf obss. juris universi T. II. obs. 124. §. 2. Carpzov. definitt. forenses P. I. const. 13. def. 3. Thibaut Pandektensystem (sechste Ausg.): §. 1156. — So hat auch das Darmstädter Oberappellationsgericht (nach Nr. 60 seiner gedruckten Präjudizien) den Grundsatz angenommen: „Wenn einer Gemeinde, als moralischer Person, ein Haupteid deferirt wird, so hat der Regel nach nicht der Deferent, sondern die Gemeinde das Recht, diejenigen ihrer Mitglieder auszuwählen und vorzuschlagen, durch welche sie den Eid, im Falle der Acceptation desselben, ausschwören lassen will, vorbehaltlich jedoch des Rechts des Deferenten, statthaften Einwand gegen die Person oder Sachkenntniß des Gewählten vorzubringen und auszuführen". — Der neueste Verfechter dieser Ansicht ist Huß (in Linde's Zeitschrift Bd. 15. Nr. 7 Bd. 18. Nr. 8). Allein er stützt sich dabei auf die schon vorhin gerügte grundfalsche Gleichstellung der Eidesleistung mit jedem andern Gemeindegeschäft, das nach der Verfassung der Gemeinde durch einen nach Stimmenmehrheit zu fassenden Beschluß abgethan werden kann, sowie auf die ebenso falsche Voraussetzung, daß die Schwörmänner als eigentliche Bevollmächtigte der Gemeinde anzusehen seien.

29) S. Berger electa, tit. 18. obs. 12. nr. 3. Civil. Archiv Bd. X. S. 23 — 32; Bd. XIII. S. 184.

30) Conf. Carpzov. cit. l. nr. 3 et 4.

31) Dieß erhellt namentlich aus dem Präjudiz des Darmstädter

Welche dieser Ansichten man übrigens für die richtige, und namentlich der Hessen-Darmstädter Prozeßordnung zum Grunde liegende, halte: — soviel bleibt ausgemacht, daß im Resultat ihnen allen, sowie auch dem Geist dieser Prozeßordnung (deren Worte: „Es ist — — dahin zu sehen, daß — — vor andern diejenigen — — zum Schwören aufgesucht — — werden" die Streitfrage unentschieden lassen,) auf alle Fälle entsprochen ist, sobald (wie es in dem diesen Aufsatz veranlassenden Falle geschehen war) nach vorgängigen Verhandlungen über die Tüchtigkeit dreier bestimmten Individuen aus der Gemeinde zu Schwurdeputirten — d. h. über die thatsachlichen Voraussetzungen ihrer speziellen Wissenschaft — diese Tüchtigkeit freiwillig anerkannt, und, sammt der damit abgeschlossenen förmlichen Uebereinkunft [32]) hinsichts dieser Gemeindeglieder, durch darauf erfolgten rechtskräftigen Bescheid bestätigt ist.

III. Die fernere, anscheinend so einfache Frage: wie Viele für die Gemeinde schwören müssen, damit es so angesehen werde als ob diese selbst geschworen habe, — muß

Oberappellationsgerichts vom 8. August 1786 in Sachen des Freih. von Riedesel gegen die Gemeinde Maar.

32) Da wenigstens soviel offenbar ist, daß der Deferent sich keine Schwörmänner gefallen zu lassen braucht, zu denen er kein Vertrauen haben kann, so mögte es vielleicht am Richtigsten sein anzunehmen, daß, da nun einmal in der Regel nur einige Gemeindeglieder die beste Sachkenntniß haben werden, da jedenfalls das Gesetz keine unnütze Vervielfältigung der Eide will, in der Eideszuschiebung an die Gemeinde schon der stillschweigende Vorbehalt einer demnächstigen Vereinbarung, unter nothwendiger Mitwirkung des Richters, über Person und Zahl der Schwörmänner enthalten sei. Praktisch würde es dann wenig Unterschied machen, Wer von den Theilen vorzuschlagen und Wer zu verwerfen hat, oder ob beide Theile die Vorschläge zu machen haben, da der Richter zuletzt, wenn eine gütliche Vereinignng nicht zu Stande kommen sollte, doch immer den Ausschlag geben muß.

nach den hier obwaltenden Zweifeln in die beiden Fragen zerfällt werden:

A. wie Viele zu Schwörmännern bestellt, — und

B. ob diese Alle oder wie Viele Derselben schwören müssen?

Beide Fragen sind weder durch das gemeine Recht, noch durch die Hessische Prozeßordnung, ausdrücklich beantwortet, und müssen daher aus der Natur der Sache, d. h. aus dem Zweck der Bestellung der Schwurdeputirten, ihre Lösung finden.

A. Das Schweigen der Gesetze in Hinsicht der ersteren Frage: der Zahl der zu ernennenden Deputirten — hat offenbar keinen andern Grund als daß, je nach der Lage jeder einzelen Sache, bald schon eine geringere, bald erst eine größere Anzahl die erfoderliche „genugsame Wissenschaft" von der streitigen Thatsache haben und hinreichend erscheinen wird, um durch ihren Eid dem Deferenten und dem Richter die nöthige Gewißheit zu geben.

Darum begnügt sich die genannte Prozeßordnung, die den Schwörmännern nöthigen Eigenschaften anzugeben, im Uebrigen tacite den Theilen und dem Richter überlassend: „diejeniger aufzusuchen", welche diese Eigenschaften haben, es mögen Deren nun Mehre oder Wenigere sein.

Es entspricht zwar dem Wortlaut, aber schwerlich der Absicht dieser Prozeßordnung, wenn man, bloß darauf hin daß sie, die gewöhnlicheren Fälle im Auge haltend, in der Mehrzahl spricht (wie es wohl fast alle älteren und neueren Prozeßordnungen thun), in einem Fall, wo etwa nur ein Mitglied der Gemeinheit die einzige oder beste Wissenschaft hätte, nicht selbst die Bestellung dieses Einzigen zum Schwurdeputirten als genügend ansehen wollte. Es scheint vielmehr die Auslegung dieses pluralis als eines gesetzlich absolut erfoderten minimum von zwei Schwurdeputirten ebenso durchaus unsachgemäß, und sammt allen ihren Folgen irrig, wie seine späterhin zu widerlegende noch willkürlichere Auslegung als eines gesetzlich für alle Fälle ohne Unter-

schied bestimmten maximum des Erfodernisses an Solchen, die den Eid leisten müssen.

Ein feststehender Gerichtsgebrauch über die Deputirtenzahl konnte sich, aus demselben Grunde aus dem das Gesetz schweigt, ebensowenig bilden; und es kann daher kein Zweifel sein, daß nach der Natur der Sache und dem Geist des Gesetzes darüber lediglich die Vereinbarung der Theile in Verbindung mit der Amtsthätigkeit des Richters für jeden besondern Fall auch eine besondere Entscheidung geben kann und muß.

B. Die zweite Frage: ob die rechtsgültig ernannten Deputirten auch alle schwören müssen, oder wie Viele Derselben, d. h. was Rechtens ist, wenn Einer oder Einige davon den Eid zu übernehmen, oder nach der Uebernahme ihn zu leisten weigern? — beantwortet sich aus der Natur des Gegenstandes sicher dahin: daß genau eben so viele Deputirte zu schwören verpflichtet sind, als deren gerade für den vorliegenden Fall zur Feststellung des streitigen Umstands den Theilen und dem Richter besonders geeignet und erfoderlich erschienen und deßhalb zum Schwur bestellt wurden, d. h. alle; daß folglich die Weigerung des übernommenen Eides auch nur durch einen Einzigen für die Gemeinde den Verlust ihrer Sache herbeiführen muß.

Es bedarf nur eines unbefangenen Blicks, um sich zu überzeugen, daß die der Natur der Sache einzig gemäße Absicht beider Theile bei Benennung mehrer Schwurdeputirten, als Beweismittels, nur die sein konnte: durch die übereinstimmende Aussage aller Derer, die besonders gut um die Sache wissen können, den Beweisgegenstand zur höchsten Ersichtlichkeit zu bringen, und dem Richter einen ganz sichern Anhaltpunkt für sein Urtheil zu geben, nicht ihn durch Aufstellung einiger für und einiger gegen die Gemeinde (und zugleich für und gegen sich selbst) zeugenden, also unter sich uneinigen Schwurdeputirten in Ungewißheit zu stürzen.

Auch der vorliegenden Uebereinkunft der Theile zufolge, sobald diese nicht dahin lautet: daß die Aussage der

Mehrheit der Gewählten die richterliche Entscheidung bedingen solle, sondern dahin: daß von der beschwornen Aussage dieser bestimmten, beiderseits genehmigten drei Deputirten der Gewinn oder Verlust des Prozesses abhängen solle — muß behauptet werden, daß diese conditio juramenti deficit, sobald auch nur Einer der Deputirten den Eid weigert.

Die Schwurdeputirten stehen für den Zweck ihrer Bestellung offenbar als eine unzerreißbare juristische Einheit (als moralisches Ganzes) da. Die demnach in ihrer Eigenschaft als solcher durchaus erfoderliche Einheit ihrer Erklärung über die Ableistung des Eides könnte aber überhaupt möglicher Weise nur entweder eine natürliche sein durch Einhelligkeit der Aussage, oder eine künstlich herausgebrachte, fingirte, im Fall nämlich eine Bereitwilligkeit zum Eide nur auf Seiten der Mehrheit der Deputirten vorläge. Bereits oben ward indeß zur Genüge gezeigt, daß es keinen rechtlichen Grund gibt, da wo nirgends von Willenserklärungen und Beschlüssen einer moralischen Person die Rede ist, die bloß für solche Vorgänge angeordnete Nothauskunft der Entscheidung nach Stimmenmehrheit willkürlich auszudehnen auf den durchaus verschiedenen Fall der Zeugenaussage über einen Thatumstand, die einer Gesammtperson abgefodert ist; denn Das, was die Gesetze über Abstimmungen und verbindende Kraft der Ansicht und des Willens der Mehrzahl für die Minderzahl vorschreiben, hat, hierher bezogen, gar keinen vernünftigen Sinn.

Daher wird auch die schon oben erwähnte Vergleichung der Schwördeputirten mit landständischen Deputirten, die man wohl schon angestellt hat, sobald sie weiter geht als dahin, daß Beide selbständige Vertreter Anderer sein sollen, hinkend und unwahr. Treffender schon wäre der Vergleich Jener mit Geschwornen, die doch als Richter über eine Thatsache erscheinen. Aber er ist ebenfalls nicht ganz passend, insofern auch sie räsonniren, urtheilen, nicht bloß, wie die Schwurdeputirten, über Thatsachen ihrer eignen Er-

innerung aussagen. Wenn man nun schon bei dem Geschwornengericht behaupten konnte, daß nach der ganzen Bedeutung des Instituts nur Einstimmigkeit genügend sei, dann muß es um so gewisser hier der Fall sein, da gesetzlich die eignen Wahrnehmungen und die Zeugnißablegung eines Jeden nur für sich selbst, nicht für den Andern mit gelten können.

Nur die wirkliche, nicht die erdichtete Gesammtaussage der Gemeindevertreter kann also dem Richter genügen; denn nur die völlige innere Uebereinstimmung der Aussagen aller Einzelen, wie sie aus deren Einhelligkeit hervorgeht, kann als der Ausdruck der moralischen Ueberzeugung jener Vertreter und somit der Gemeinde selbst gelten. Sobald aber, zumal bei der kleinen Zahl von drei Schwurdeputirten, ein innerer Zwiespalt da ist, so liegt offen zu Tage, daß Diejenigen, welchen von beiden Theilen das Zutrauen der besten Wissenschaft, und von der Gemeinde überdieß das Zutrauen der festesten Ueberzeugung von der Gerechtigkeit der Gemeindesache bewiesen wurde, (da sonst die Gemeinde in eignem Interesse gewiß nicht gerade Diese selber ausgewählt haben würde,) eine solche über allen Zweifel erhabene Ueberzeugung keineswegs haben, daß mithin das eidliche Zeugniß de veritate von Seiten der zum Schwur Bereitwilligen, um nicht mehr zu sagen, sehr bedenklich wird, und daß es also um so weniger, ohne alle Beachtung des Vorhandenseins eines widersprechenden Zeugen, sogar als für Diesen mitgeltend angenommen werden darf.

Es kann hier durchaus nichts zur Sache thun, wie Viele überhaupt der Schwurdeputirten sind, und wie Viele Derselben sich des Schwurs weigern, da dieses Zahlverhältniß offenbar nur Einfluß haben kann auf den Grad des Verdachts, der dadurch auf die Gemeindesache fällt. Das Dasein eines Verdachts aber ist schon durch die Weigerung eines Einzigen hinreichend begründet, und folgeweise die Unzulässigkeit des Eides der Andern, insolange nicht in Be-

zug auf den Zurücktretenden die allgemeine Regel: qnilibet praesumitur bonus etc., zusammt dem durch dessen Wahl zum Schwurdeputirten gegebenen besondern Vertrauensbeweis, durch sprechende facta contraria (z. B. durch erst nachher erfahrene Verwandtschaft oder Verständigung Desselben mit dem Gegner u. s. w.) sich entkräften, und sonach eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Gemeinde gegen dessen Wahl sich hinreichend rechtfertigen läßt.

Auch wenn man einräumen wollte, daß bloß nach allgemeinen Grundsätzen nicht die Gesammtheit der Gemeindeglieder, sondern nur deren Mehrheit, die für die Annahme des deferirten Eides gestimmt hat, ohne Ausnahme zum Schwur mindestens de credulitate erbötig sein müsse, — wie man wenigstens Dieß einräumen muß, da gegentheils der Widersinn herauskömmt, daß wirklich in Verhältniß zur ganzen Gemeinde sehr wohl nur die Minderzahl als in gutem Glauben prozessirend erscheinen könnte —, so muß man ohne die offenbarste Folgewidrigkeit doch wohl das Gleiche von den aus der Mitte eben dieser Mehrheit hervorgegangenen Schwörmännern behaupten, die in Hinsicht auf den Eid doch jedenfalls ganz an deren Stelle treten. Der Rücktritt eines Einzigen der Deputirten muß demnach schon insofern, als derselbe ein Glied jener Mehrheit ist, den Verlust des Prozesses für die Gemeinde nach sich ziehen, um so viel mehr, insofern er sogar zu den wenigen Gliedern jener Mehrheit gehört, die von derselben als die Bestunterrichteten und Glaubhaftesten zu ihren selbständigen Vertretern in Hinsicht des Eides ausgesucht und vom Gegner anerkannt sind.

Ebendeßhalb muß die Aussage jedes einzelen Schwurdeputirten um so stärker ins Gewicht fallen, vollends wo überhaupt nur eine sehr kleine Anzahl solcher bestellt ist.

Will man aber nun einmal hier nicht bloß auf die innere Uebereinstimmung oder Uneinigkeit der Schwurdeputirten sehen, die in ihrer Gesammtheit einer mit

sich selbst übereinstimmenden oder uneinigen Einzelperson vergleichbar sind, sondern will man durchaus di. moralische Qualität des Wahr- oder Unwahrseins nach quantitativem Maßstab bestimmen und herausrechnen, so folgt augenfällig, daß, wenn Drei die Mehrheit der Gemeinde vollständig vertreten sollen, Einer als Vertreter des dritten Theils dieser Mehrheit gelten müßte. Zählt man aber diesen dritten Theil der Mehrheit zur ganzen Minderheit, so wird abermals in sehr vielen Fällen das widersinnige Ergebniß sich herausstellen: daß, trotz der juristischen Gewißheit, daß die Mehrzahl aller Glieder der Gemeinde den Eid nicht würde leisten können, diese dennoch ihre Sache gewönne.

Kann nach dem Allem schon das Mißtrauen gegen die nur aus der Gesammtaussage zu entnehmende Wahrheit des Beweissatzes bei dem Ausfalle auch nur Eines von drei Schwurdeputirten keineswegs unerheblich sein, so muß es um so stärker werden, wenn man nicht übersieht, daß die Eides-Leistung oder Weigerung der Schwurdeputirten die Natur eines (gewissermaßen gemeinschaftlichen) Beweismittels hat, und darum auch die Grundsätze von dem Widerstreit der Beweismittel dabei zur Anwendung kommen müssen. Die Gemeinde beruft sich auf das Zeugniß dreier ihrer Glieder (das vom Gesetz unter der Form des juramentum delatum in eigner Sache zugelassen wird). Wer einen Zeugen für sich anführt, muß dessen Aussage bekanntlich auch gegen sich gelten lassen. Es wäre nun zwar allerdings genügend gewesen, hätte die Gemeinde überhaupt nur zwei ihrer Glieder zum Zeugniß aufgefodert; allein es wird daraus doch wohl Niemand folgern, daß, falls von drei durch sie benannten gleich glaubwürdigen Zeugen Einer entgegenstehend aussagt, Dieß nicht schlimmer für sie sein dürfte, als wenn überhaupt nur zwei Zeugen ausgesagt hätten, und zwar zu ihreu Gunsten. Vielmehr müssen von jenen drei Zeugen der Eine pro und der Andere con-

tra mindestens sich heben, so daß nur ein günstiger Zeuge übrig ist [33]). Ja es würde, den allgemeinen Regeln vom Beweis gemäß, das gegen den eignen Vortheil abgelegte Zeugniß und Geständniß jedenfalls mehr Glaubwürdigkeit haben, als das für den eignen Vortheil abgelegte, wo ein solches überhaupt statthaft ist (wie beim Schiedseid), und darum auch noch die Aussage des übrig bleibenden einen günstigen Zeugen ihre Beweiskraft verlieren müssen [34]).

Kaum der Widerlegung bedarf der Grund, den man hier zum Besten der Gemeinde könnte geltend machen wollen und, unbegreiflich genug, wirklich schon geltend gemacht hat: daß, da überall wo das Gesetz (wie z. B. die Hessen-Darmstädter Prozeßordnung) in der Mehrzahl rede, ohne jedoch diese Zahl näher zu bestimmen, zwei Schwurdeputirte genügend seien, und da diese gesetzlich erfoderte Anzahl, die doch allein entscheiden könne, auch nach Abzug des von drei Ernannten sich weigernden Einen noch immer übrig bleibe, ebendarum die Gemeinde noch immer als genügend vertreten erscheinen müsse. Dieser Grund beweist offenbar schon darum nichts, weil er zuviel beweist. Denn, wollte man das Fr. 12. D. de testibus (22, 5.):

„Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo suffi-
„cient; pluralis enim elocutio duorum numero con-
„tenta est", —

wirklich in der Art mißverstehen, wie es von Bülow und Hagemann [35]) geschieht, nämlich dahin: daß überall

33) Vgl. Thibaut Pandektenrecht, sechste Ausg. §. 1184.

34) S. fr. 21. §. 3. D. de. testibus (22, 5.).

35) Praktische Erörterungen, zweite Ausg. Bd. III. S. 144. Anmerk. — Noch weiter geht nun Arnold (über die Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilprozeß §. 109.) mit der geradezu unbegreiflichen Meinung, daß, wenn auch nur Einer der Schwörmänner für die Gemeinde schwöre, die Mehrheit aber zu schwören weigere, sogar bei ausdrücklicher Erklärung der Weigernden, daß sie das Gegentheil des zu Beschwörenden bestimmt wissen, dennoch die Gemeinde obsiegen

und immer, auch wo durch Uebereinkunft numerus testium adjicitur, ohne alle Rücksicht auf diese ursprünglich bestimmte Zahl, dennoch der Eid von Zweien auf alle Fälle hinreichen sollte, — dann müßte, bloß auf diese Beweisführung hin, auch wo vier, fünf und mehr Schwurdeputirte ernannt wären, doch immer der Eid von nur Zweien ganz auf gleiche Weise die Sache zu Gunsten der Gemeinde entscheiden, wie da, wo der bestellten Deputirten bloß Drei waren. Schon das Widersinnige eines solchen Folgesatzes führt mit Nothwendigkeit auf die allein richtige Ansicht zurück: daß ein Gesetz, indem es in der Mehrzahl spricht, ohne

müsse. Denn es stehe hier doch immer auf der einen Seite ein wirklich geleisteter Eid, auf der andern eine Weigerung, deren Gründe man entweder gar nicht kenne (!) oder denen doch die eidliche Bestätigung fehle. Die Vermuthung für das eidlich Bekräftigte sei aber ihrer Natur nach viel stärker als die für das Nichtschwörenkönnen des Weigernden. Allein in diesen Sätzen gibt sich eine merkwürdige Ueberschätzung des einmal geleisteten Eides kund, die, wie sich im Bisherigen zur Genüge gezeigt hat, ebensosehr mit der Natur der Sache streitet, da hiernach die Bestellung einer Mehrheit von Schwörmännern geradezu ohne Sinn wäre, als mit der Analogie der gesetzlichen Bestimmungen beim Zeugenbeweis. Arnold beruft sich ferner für seine Behauptung auf die Analogie des fr. 28. §. 3. D. de jurej. (12, 2) als Prozeßgesetzes für Streitgenossen bei untheilbarem Gegenstand: „ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debebit." Allein er übersieht dabei, außer Anderem, daß die Stelle gar nicht sagt, daß der andere Streitgenosse den Eid verweigert habe. Auch könnte daraus, daß hiernach bei Streitgenossen nicht die Eidesleistung Aller als Bedingung des Sieges gelten kann, höchstens folgen, daß bei Körperschaften nicht alle Glieder schwören müßten. Nichts aber kann daraus folgen für die Schwörmänner aus einer Gemeinde. Endlich und vor Allem ist ganz vergessen, daß hier nicht von der Voraussetzung ausgegangen werden kann, daß das fait accompli eines wirklich geleisteten Eides eines Schwörmannes vorliege, sondern daß ja gerade Dieß die Frage ist: ob der Richter, vermöge seiner Pflicht unnütze und falsche Eide zu verhüten, den Einen, der sich zum Eid erbietet, zum Eide lassen darf, wenn ein Anderer oder gar Mehre der zum Schwören Bestellten zu schwören weigern?

aber in Beziehung auf die Zahl der zu ernennenden Schwörmänner weiter Etwas vorzuschreiben, diese Zahl im Ganzen für gleichgültig erklärt, und deren nähere Bestimmung mit Rücksicht auf die Umstände jedes einzelen Falls dem Ermessen der Theile und des Richters anheimstellt.

Wenn ferner hierbei schon behauptet worden ist, dem Geist des Gesetzes, das Ermittlung der Wahrheit beziele, zuwider, werde keine Gemeinde ein Interesse haben, mehr als zwei Deputirte zu wählen, um ihre Gefahr nicht zu vergrößern, sobald die Eidesweigerung von Seiten eines Einzigen Derselben der Gemeinde Rechtsnachtheil bringe; so muß man vielmehr umgekehrt sagen: gerade wenn es gewiß ist, daß zwei Deputirte dem Gesetz auf alle Fälle und in dem Maß genügen, daß auch von drei ernannten der Rücktritt eines Einzigen nicht schadet, könnte die Gemeinde kein Interesse haben, drei zu ernennen.

Unwillkürlich muß man bei jener Behauptung fragen: wirken vielleicht drei erwählte Deputirte, wenn davon Einer gegen die Gemeinde ist, mehr für Ermittlung der Wahrheit, als wenn überhaupt gleich anfangs nur zwei erwählt worden wären? — da doch gar nicht bezweifelt werden kann, und demnach bei der ganzen folgenden Beweisführung unverrückt im Auge zu halten ist, daß dann bei diesen Zweien nach dem Gesetz Uebereinstimmung durchaus erfodert gewesen wäre. Will man nun bei jeder höhern Zahl der Deputirten plötzlich keine Einhelligkeit der Aussage mehr fodern, sondern sich mit einer Stimmenmehrheit begnügen, und will man doch dem Geist des Gesetzes nicht geradezu entgegenhandeln, der offenbar nur dahin geht: daß durch die gleichlautende Aussage Mehrer (Zweier, Dreier und so fort) eine höhere Gewißheit erzeugt werde, als es durch die Aussage eines Einzigen der Fall sein würde — so muß man behaupten, daß überhaupt wenigstens niemals eine einfache Mehrheit (durch eine Stimme) entscheiden dürfte; denn, gleiche Glaubwürdigkeit aller Schwörmänner vorausgesetzt, (wie sie in dem dieser Darstellung zum

Grunde liegenden Rechtsfalle durch ein rechtskräftiges Erkenntniß anerkannt war,) würden die Stimmen der zum Eid Bereiten und der sich dessen Weigernden jedenfalls, wie bereits oben gezeigt ist, nach Analogie der Zeugenbeweise sich gegeneinander aufheben, so daß im Endergebniß, trotz der Bestimmung des Gesetzes, immer nur eine Stimme für die Gemeinde übrig bliebe [36]).

Diese übrigbleibende eine Stimme müßte aber wahrlich, weit entfernt eine stärkere Ueberzeugung von der Wahrheit der Behauptung der Gemeinde zu erwecken, bei jedem Unbefangenen vielmehr ungleich größere Bedenklichkeiten rege machen, als wenn ursprünglich überhaupt nur ein Schwurdeputirter ernannt gewesen wäre und für die Gemeinde günstig ausgesagt hätte, wie Dieß ebenfalls schon oben aus der Lehre vom Beweise nachgewiesen wurde.

Verstößt sonach jedenfalls die Zulässigkeit der Entscheidung durch einfache Mehrheit auf das Augenscheinlichste gegen den Geist des Gesetzes, so wäre, soll überhaupt die Statthaftigkeit einer Entscheidung per majora hier behauptet werden, erst weiter zu erweisen: wie groß denn die Mehrheit sein müßte, um das Gesetz, welches als Regel den Eid Einiger, also die Uebereinstimmung wenigstens doch Zweier, unläugbar fodert, nicht mittelbar zur Seite zu schieben?

Sobald man also einmal dem Gesetz die Absicht des Zulassens einer Entscheidung nach Stimmenmehrheit unterschiebt, so leuchtet von selbst ein, daß der Richter hiermit nicht etwa, wie man hat behaupten wollen, für jeden Fall ungleicher Zahl der den Eid weigernden und der ihn nicht weigernden Deputirten eine sichere Richtschnur seines Urtheils erhält, sondern daß vielmehr eine Menge unauflöslicher Verwickelungen eintreten müssen und ein weites Feld für die Willkür eröffnet ist. Nicht minder gewiß ist es, daß man nur da der Gefahr des Verfallens in vielfache Schwie-

36) Thibaut a. a. O.

rigkeiten und Willkürlichkeiten sicher entgeht, wo man daran festhält: daß die erstrebte Gewißheit der Wahrheit der Gemeindebehauptung, welche das Gesetz regelmäßig nur durch die beschworene Aussage mehrer Gemeindeglieder erreichen zu können glaubt, nur dann in gleichem Verhältniß mit der Zahl der zum Schwur berufenen Glieder steigt, wenn auch bei jeder größeren Zahl Derselben ebendieselbe Uebereinstimmung der Aussage als unerläßliches Erfodërniß gilt, die als solches bei der Bestellung von nur Zweien, wie bereits früherhin bemerkt wurde, nicht einmal einem Zweifel unterliegen kann. Nur dann auch wächst das Vertrauen zu der Güte der Gemeindesache um so mehr, je mehr Schwurdeputirte sie zu ernennen sich getrauen wird, und es kann insofern ihr eignes Interesse keineswegs sein, so wenige zu ernennen als gesetzlich irgend gestattet ist.

Gibt man vollends zu, daß bei gleich getheilter Zahl der Schwurdeputirten, die Stimmen für und wider sich dergestalt aufheben müssen, mithin gerade so nihil actum est, als ob die Gemeinde sich gar nicht über den Eid erklärt hätte; dann kann man, ohne Folgewidrigkeit und offenes Sündigen gegen die oben berührten Grundsätze über den Widerstreit der Beweise, sich nicht weigern, auch den vorhin ausgeführten Satz einzuräumen: daß eine einfache Mehrheit (durch eine Stimme) um Nichts besser, vielmehr schlimmer ist, als ob überhaupt nur ein Einziger zur Ableistung des Schiedseids sich bereit erklärt hätte oder dazu aufgefodert worden wäre.

Hat man obendrein gar den Eid eines Einzigen für dem Gesetz ungenügend selbst erklärt, weil dasselbe in der Mehrzahl rede, die Zahl zwei also das gesetzliche minimum sei, so muß man, um nicht in den auffallendsten Widerspruch mit sich selbst zu verfallen, zum Wenigsten, ja noch um so mehr, Ebendieß auch für den Fall einer einfachen Mehrheit behaupten.

Sobald einmal durch Zusammenwirken beider Theile und des Richters (wie es auch der unverkenn-

bare Sinn der Hessen-Darmstädter Prozeßordnung verlangt) die Fragen: welcher und wie vieler Gemeindeglieder Eid den Verzicht des Deferenten auf sein Recht bedingen soll, ein für allemal beantwortet sind; so kann eben darum von nun an auch nur entweder mutuo dissensu beider Theile, oder in Folge eines früher entschuldbar unbekannten oder erst jetzt neu eingetretenen Grundes (z. B. Rekusations- oder Unfähigkeitgrundes) auf Antrag eines Theils oder auch von Richteramtswegen eine Aenderung darin getroffen werden.

Ohne solchen hinreichenden Grund, nach bloßer Willkür einer Partei oder des Richters, ist aber keine Aenderung mehr möglich:

1) für keinen der streitenden Theile; denn einmal darf keiner Derselben einseitig von dem über die Ableistung des Schiedseides geschlossenen Vergleich mehr abgehen, von welchem doch die über Anzahl und Person der Schwurdeputirten zu Stande gekommene Vereinbarung (etwa so wie beim Kompromiß die über die Schiedsrichter) sofort einen integrirenden Theil ausmacht.

Es kann ferner die Gemeinde die von ihr selbst ihrem Gegner als vorzüglich dargebotenen und seinerseits angenommenen Beweismittel in der Person gerade dieser Schwörmänner, auf die er ein Recht erworben hat, natürlich nicht wieder entziehen, sobald sie merkt, daß deren Aussage nicht zu ihren Gunsten ausfallen wird.

2) Für den Richter nicht, weil er nicht ein einmal gefälltes Urtheil widerrufen, überhaupt aber die aus der Vergleichsnatur des zugeschobenen Schiedeids fließenden Rechte der Parteien, wie schon zu Eingang dieser Darstellung bemerkt ist, niemals beeinträchtigen darf, insofern nicht die Natur dieses Eides als Beweismittels, somit der Zweck des gerichtlichen Verfahrens es ihm gebietet. Beide aber gebieten gerade umgekehrt, wie demnächst noch weiter gezeigt werden soll, daß die Gemeinde an die von ihr genehmigten (und vollends von ihr selbst vorgeschlagenen) Glieder aus ihrer Mitte von dem Augenblick an

streng gebunden bleiben müsse, wo Diese selbst sich bereit erklärt haben und der Gegner den Vorschlag angenommen hat, wo folglich die Uebereinkunft hinsichtlich ihrer Zahl und Person, als die wesentliche Vervollständigung des Vergleichs, vollendet abgeschlossen ist.

Solange, aber auch nur solange, von der Gemeinde noch nicht bestimmte Glieder vorgeschlagen und vom Gegner gutgeheißen sind, hat allerdings die Gemeinde in Hinsicht der Auswahl jener Glieder noch völlig freie Hand: sie darf nach Gefallen von ihrer Wahl in Bezug auf Einen oder Alle zurücktreten und eine andere vornehmen. Ebenso können bis dahin die gewählten Glieder selbst den Eid zu übernehmen (z. B. aus Mangel hinreichender Wissenschaft) sich weigern, oder auch, wenn sie zu dessen Uebernahme sich schon bereit erklärt hatten, zurücktreten, ohne daß dadurch für die Gemeinde, in Verhältniß zu ihrem Gegner, noch zur Zeit der geringste Rechtsnachtheil erwachsen könnte.

Sobald hingegen der Vorschlag gemacht, die Vorgeschlagenen bestritten, aber nach gepflogener Verhandlung endlich durch den Gegentheil und den Richter für zulässig erkannt sind, das Produktionsverfahren mithin zu Ende ist, kann augenfällig eine Eidesweigerung von Seiten Eines der drei Deputirten nur die Verurtheilung der Gemeinde nach sich ziehen, nicht aber sie ermächtigen, noch immer, selbst im Schwörtermin, seine Bestellung zu ihrem Vertreter einseitig zu widerrufen, und wieder einen Andern an seiner Statt vorzuschlagen, und Dieß so fort in infinitum, bis bei sämmtlichen Gemeindegliedern umhergefragt ist, um zu sehen, ob nicht Eines aufzutreiben sei, das an seine Stelle treten wolle; — so daß erst dann, wenn sie nach einander Alle den Eid geweigert, die Gemeinde pro jurare nolente gelten könne. Dennoch ist in der That, so unglaublich es scheint, auch diese Behauptung schon aufgestellt worden [37].

---

37) Das völlig Unstatthafte eines solchen Verfahrens wird nun

Die Widersinnigkeit eines solchen Verfahrens und seiner Ergebnisse liegt offen da. Die nächste Folge wäre ein beständiges Zurückfallen in das Produktionsverfahren, nachdem dasselbe schon geschlossen war, stets sich erneuernde Verhandlungen über die jedesmaligen Ersatzmänner der sich Weigernden, — jedenfalls insolange bis, durch Weigerung des größten Theils der Gemeinde, jede weitere Umfrage und überhaupt jede Schwurdeputation (mit dem nun erreichten Zweck ihrer Bestellung) überflüssig geworden wäre, und die Gemeinde pro confessa gehalten werden müßte.

Nun aber kann es nach allgemeinen Grundsätzen (und namentlich nach den Bestimmungen der Darmstädter Prozeßordnung) keine Frage sein, daß die ganze Sache mit eben den Gemeindegliedern allein abzumachen sei welche, und in eben der Zahl in welcher sie, vertragmäßig den Eid zu leisten haben. Je weniger dem Gesetz die Absicht untergeschoben werden kann, den Theilen das Recht abzuschneiden, von dem Eid einer ihnen beliebigen Zahl von Individuen ihre Rechte abhängig zu machen, oder ihnen die aus einer hierüber vorhandenen Uebereinkunft erwachsenen Rechte zu verkürzen, desto gewisser darf nur diese Vereinbarung dem Richter zur Richtschnur seines Urtheils dienen, und unbedingt verwerflich erscheint also jedes Zurückgehen auf andere als die einmal zum Eid bestimmten Gemeindeglieder, oder wohl gar geradezu an sämmtliche Gemeindeglieder — nach Art einer Berufung ans Volk, — wie es Einige [38]) als zuläßig behaupten [39]).

---

auch in der Schrift „über Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilprozeß" von Arnold §. 104. u. 109. anerkannt. Er sieht darin ganz richtig eine Verletzung der Rechtsgleichheit der Theile, eine nur den Vortheil der Gemeinde beachtende Auslegung, (indem man doch im Fall der Eidesleistung nicht auch dem Gegner gestatten wolle, nun noch andere Gemeindeglieder auszusuchen, die den Eid vielleicht weigern) die doppelt gefährlich sei, wenn man der Gemeinde schon das Recht der Auswahl der Schwörmänner gestatten wolle; endlich sieht er darin eine ganz unzuläßige Vervielfältigung der Eide.

38) S. Glück Kommentar, Bd. XII. S. 323. und Bülow

C. In Hinsicht der letzten hier zu beantwortenden Frage: ob das Dasein von Weigerungsgründen, oder deren Beschaffenheit, auf die rechtlichen Folgen der Weigerung von Einfluß sein könne? — wird, nach den bisherigen Ausführungen, nur wenig hinzuzufügen nöthig sein.

Insofern nämlich auf die erst im Schwörtermin erfolgte Eidesweigerung Eines oder Mehrer hin ein Recht der Gemeinde auf in integrum restitutio behauptet werden soll, so steht soviel fest: daß, wenn sogar schon jeder Einspruch gegen die von der Gegenpartei vorgeschlagenen Schwörmänner hinreichende Gründe haben muß, so noch weit mehr, wenn einmal bestimmte Schwörmänner beiderseits angenommen waren, das Gesuch eines Theils um Restitution gegen die Annahme. Daher denn die Behauptung, daß die Gemeinde unbedingt restituirt werden müsse, geradezu allen Rechtsgrundsätzen zuwiderläuft.

Läßt es sich nun zwar überhaupt schon kaum denken, daß in Bezug auf die fehlende Sachkenntniß ein entschuldbarer Irrthum jemals erweislich sein, mithin darauf hin eine Restitution zulässig sein werde, so kann man Dieß doch immerhin zugeben, wie Manche es thun [40]), ohne daß daraus gefolgert werden darf, daß eine solche Restitution auch da begründet sei, wo die universitas es unentschuldbar versäumt hat, sich vorher gehörig zu versichern, daß es ihren Erwählten an hinreichender Wissenschaft nicht fehle, und wo sie erst im Schwörtermin durch Deren Erklärung darüber belehrt wird. Der Fall ist offenbar ganz derselbe, wie wenn Jemand auf einen Zeugen sich berufen hat, wo er dann Dessen gerichtliche Aussage auch gegen

---

und Hagemann praktische Erörterungen, zweite Ausg. Bd. III. S. 143.

39) Vgl. übrigens civilist. Archiv, Bd. X. S. 38. ff. S. 47.

40) So Klaproth a. a. O. Thl. II. §. 333. — Bülow und Hagemann a. a. O. besonders Anmerk. i. — Struben rechtliche Bedenken, Bd. V. Nr. 108.

sich muß gelten lassen, so unverhofft sie ihm kommen mag. Tritt vollends nicht ein bloßer Zeuge, sondern ein selbstbetheiligter Schwurdeputirter, angeblich aus Mangel an genugsamer Wissenschaft, zurück, obgleich er vorher zur Eidesleistung sich ausdrücklich verstanden hat, dann muß der wahre Grund der Weigerung sicher so lange nur in dem wieder erwachten Gewissen, somit in einer der Gemeinde ungünstigen Wissenschaft, gesucht werden, als nicht ein unlauterer Beweggrund des Rücktritts (z. B. Bestechung) erwiesen werden kann, denn: quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.

Haben aber auch die Schwurdeputirten nicht ausdrücklich vor dem Schwörtermine sich zum Eide bereit erklärt, so war Dieß doch jedenfalls schon in ihrer Eigenschaft als Glieder der für die Annahme des zugeschobenen Eides stimmenden Mehrheit der Gemeinde stillschweigend geschehen, wie oben gezeigt worden ist, und ebendeßhalb kann selbst in diesem Fall auf den Grund mangelnden Wissens und Glaubens ihrerseits eine Eidesweigerung nicht mehr Statt finden, ohne den Verlust der Sache für die Gemeinde herbeizuführen [41].

Geht überdieß, wie in dem diesen Aufsatz veranlassenden Rechtsfall, aus den Verhandlungen noch weiter hervor, daß der im Schwörtermin zurückgetretene Deputirte gleich Anfangs Bedenklichkeiten zeigte, und, trotz alles Zuredens und Erinnerns an sein eignes Interesse, indem er sich zugleich auf Umstände berief, die gegen die Gemeinde sprächen, sich bestimmt weigerte, so liegt dann, wenn nicht das gerade Gegentheil, doch jedenfalls die Zweifelhaftigkeit der Gemeindebehauptung, hinsichtlich deren doch positiv de veritate hatte geschworen werden sollen, so offen zu Tage, daß für einen solchen Fall selbst Jene, denen außerdem der Eid von bloß zwei der drei oder vier bestellten Deputirten (auf die oben Nr. III. B widerlegte schiefe

41) Vgl. auch civilist. Archiv, Bd. X. S. 44.

Gesetzauslegung hin) für genügend gilt, deren Eid für unzulässig erklären. So auch z. B. Bülow und Hagemann[42]), und Klaproth[43]) mit den Worten:

„Wenn hingegen Einer — — den Eid nicht schwören
„will, sondern — — dasjenige als richtig einräumt,
„was geschworen (resp. abgeschworen) werden soll,
„so können nunmehro auch die übrigen, weil sie einen
„Meineid begehen würden, zum Eide nicht gelassen,
„sondern müssen verurtheilt werden, wenn sie nicht die
„Unrichtigkeit dieses gerichtlichen Bekenntnisses, oder eine
„Kollusion zu beweisen im Stande sind."

Ganz im Sinne des Rechtsgutachtens, dem ich in der Hauptsache die vorstehende Ausführung zum Grunde gelegt hatte, wurde denn auch der Rechtsfall, auf den sich dasselbe bezog, von dem höchsten Gericht des Großherzogthumes Hessen im Jahr 1838 entschieden und gab zu folgendem bis jetzt 1847 nicht aufgehobenen Präjudiz Veranlassung:

„Der einer Gemeinde zu= oder zurückgeschobene Eid
„kann nur dann für geleistet angenommen werden,
„wenn die sämmtlichen, zu dessen Ableistung, nach
„Maßgabe der Prozeßordnung von 1724 Thl. II.
„Tit. 5. §. 4. namhaft gemachten und für zulässig
„erkannten Glieder der Kommune denselben geschworen
„haben. Es genügt deßhalb nicht, wenn von der
„Mehrheit der zum Schwur vorgeschlagenen und
„zugelassenen Deputirten der Eid geleistet wird, es
„ist vielmehr der Eid als von Seiten der Gemeinde
„verweigert zu achten, sobald auch nur einer der
„Schwurdeputirten in dem zum Schwören anberaum-
„ten Termin die Eidesleistung verweigert, und es tritt

---

42) A. a. O. S. 144.

43) A. a. O. §. 333.

„diese Folge, ohne Rücksicht auf den innern Gehalt „der Gründe, welche den Eidesweigernden zu seiner „Weigerung bestimmt haben mögen, sogleich mit der „erklärten Eidesverweigerung ein. Von selbst versteht es „sich jedoch, daß die Geltendmachung etwaiger Resti- „tutions- oder sonstiger besondrer Rechtsgründe, zum „Zweck der Abwendung oder Aufhebung der Folgen „solcher Eidesweigerung, nicht ausgeschlossen ist."

III.

Ueber das depositum irregulare.

Von

Herrn **Dr. A. C. J. Schmid**,
Privatdocenten an der Universität zu Kiel.

Wenn der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes die Lehre vom depositum irregulare hier zu erörtern unternimmt, so darf er dabei den Vorwuef nicht besorgen, eine vielfach behandelte und zur Klarheit und Entschiedenheit gebrachte Lehre einer Revision unterworfen zu haben [1]. Von der Wichtigkeit dieser Lehre dagegen haben den Verfasser mehrere prac-

1) Die Literatur dieser Lehre ist unbedeutend. Die diesem Gegenstande besonders gewidmeten Schriften sind: Dr. Nettelbladt, comm. de deposito irregulari, 1750; Hartung (Pr. Henne), de dep. irreg., 1753; Dedekinel, comm. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, etc., 1753; Zoller, quaestio juris controversi: an detur depositum irregulare? 1775; Oelrichs, diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis, 1777. Außerdem ist die Lehre vom irregulären Depositum ausführlicher erörtert in Glück's Comm. XV, §. 940, und von Neustetel, in dessen und Zimmern's römischrechtl. Untersuchungen, Nr. 1. Die Untersuchungen, welche wir in den angeführten Schriften finden, haben aber weder zu einem befriedigenden, noch zu einem erschöpfenden Resultate